

إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة

ذ. صوالحي محمد

أستاذ التعليم الثانوي، وزان

وطالب بمركز تكوين الدكتوراه، كلية الآداب - سايس

مقدمة

لا يختلف اثنان حول الأهمية القصوى التي يكتسبها توثيق عقود الزواج، ودوره في إرساء دعائم الأسرة على أسس ثابتة ومستقرة، وحفظ الأنساب والأعراض، وحماية مصالح الأفراد، وجعلها في حرز من تلاعب المتلاعبين واستهتار المستهترين.

غير أن الواقع المغربي مازال يشهد عددا لا يستهان به من علاقات الزواج غير الموثقة، أو ما أضحي يطلق عليه "الزواج بالفاخرة"، وفي غياب أرقام رسمية تبرز حجم هذه الظاهرة، فإنه يكفي الإشارة إلى أن عدد الأحكام المتعلقة بشبوت الزوجية قد انتقل من 6918 حكما سنة 2004، إلى 23390 سنة 2008¹⁸⁹.

أما أسباب هذه الظاهرة فهي متعددة ومختلفة، منها ما هو اجتماعي وثقافي؛ كالجهل، والامية، وسريان العادة بعدم توثيق الزواج، ومنها ما هو اقتصادي مرتبط بالفقر والتهميش، ومنها ما هو إداري كتعذر الحصول على الوثائق الإدارية اللازمة لتوثيق

¹⁸⁹ — هذه الأرقام قدمها وزير العدل بمناسبة إعلانته عن انطلاق الحملة التحسيسية لتوثيق العلاقات الزوجية، في 31 يناير 2011. (جريدة الصباح عدد 3361، بتاريخ 1 فبراير 2011، ص 2).

الزواج، ومنها ما يرتبط بوجود موانع قانونية، كعدم الحصول على الإذن القضائي بالتعدد أو بزواج القاصر.

وبما أن موضوع إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة ذو شقين: نظري وتطبيقي، فإن دراسته تقتضي — من جهة — تسليط الضوء على رأي الفقهاء ورأي المشرع، وتقتضي — من جهة أخرى — إبراز بعض ملامح العمل القضائي في قضايا ثبوت الزوجية.

وبناء عليه، فقد قسمت هذا الموضوع إلى مبحثين:

المبحث الأول: إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة.

المبحث الثاني: العمل القضائي في قضايا ثبوت الزوجية.

المبحث الأول: إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة في الفقه الإسلامي ومدونة الأسرة.

المطلب الأول: إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة في الفقه الإسلامي.

الإثبات مصدر الفعل أثبت، ويقال أثبت حخته: إذا أقامها وأوضحها، وأثبتته إثباتاً: إذا عرفه حق المعرفة، وقول ثابت؛ أي صحيح ومنه قوله تعالى: "يثبت الله الذين آمنوا بالقول الثابت في الحياة الدنيا وفي الآخرة"¹⁹⁰. وأثبت فلان، وهو مثبت إذا اشتدت علته، ومنه قولهم: داء ثبات؛ أي معجز عن الحركة¹⁹¹.

¹⁹⁰ — سورة إبراهيم، من الآية 29.

¹⁹¹ — لسان العرب 467/6-468. وتاج العروس: 472/4-374. (مادة ثبت)

فالإثبات لغة يدل على معاني الصحة والديمومة والثبات والاستقرار.

أما عند الفقهاء، فالإثبات إقامة الدليل الشرعي أمام القاضي في مجلس قضائه على حق أو واقعة من الوقائع¹⁹² ومنها واقعة الزواج؛ إذ يمكن إثباتها برسم الزوجية، إلا أن هذا الرسم لا يعدو كونه وسيلة من الوسائل المقررة لإثبات العلاقة الزوجية، فالكتابة ليست شرطاً في صحة عقد الزواج، وإنما هي أمر اقتضته مصالح الناس، فأقبلوا عليه توثيقاً لحقوقهم، ودفعاً لكل نزاع قد ينشأ بينهم¹⁹³.

وبناء عليه، يجوز إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة بالبينة الشرعية، والتي يندرج تحتها سائر وسائل الإثبات، يقول ابن القيم: "البينة في كلام الله ورسوله وكلام الصحابة اسم لكل ما بين الحق، فهي أعم من البينة في اصطلاح الفقهاء حيث خصوها بالشاهدين أو الشاهد واليمين، ولا حرج في الاصطلاح ما لم يتضمن حمل كلام الله ورسوله عليه، فيقع بذلك الغلط في فهم النصوص وحملها على غير مراد المتكلم".

والقول بتوقف ثبوت الحقوق على طريق معين — حسب ابن القيم — يجعل "الظالم الفاجر ممكناً من ظلمه وفجوره، فيفعل ما يريد ويقول: لا يقوم علي بذلك شاهدان اثنان فضاعت حقوق كثيرة لله ولعباده"¹⁹⁴.

ويقول ابن فرحون: "اعلم أن البينة اسم لكل ما يبين الحق ويظهره، وسمى النبي عليه الصلاة والسلام الشهود بينة، لوقوع البيان بقولهم وارتفاع الإشكال بشهادتهم"¹⁹⁵.

¹⁹² — الموسوعة الفقهية الكويتية: 232/1.

¹⁹³ — القوانين الفقهية لابن جزي، ص 160. وأحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة

الأحوال الشخصية، محمد ابن معجز: 47/1.

¹⁹⁴ - إعلام الموقعين عن رب العالمين: 71/1-72.

والظاهر من كلام ابن القيم وابن فرحون أن البيئة لا تنحصر في شهادة الشهود، وإنما تتعدى ذلك لتشمل كل ما من شأنه إحقاق الحق، ومما لاشك فيه أن الأخذ بهذا المفهوم الموسع يضمن حماية أكبر لحقوق الأفراد، الذين قد يتعذر عليهم إثبات دعاويهم بشهادة الشهود.

وهكذا — وفي حالة تخلف رسم الزواج — فإنه يمكن إثبات دعوى الزوجية اعتماداً على شهادة الشهود، أو شهادة شاهد وعين، أو على الإقرار، حسب ما سيأتي بيانه.

فأما شهادة الشهود فتقبل سواء استندوا على المعاينة وحضور مجلس العقد، أو استندوا على مجرد السماع، فجمهور الفقهاء متفقون على جواز شهادة السماع في النكاح¹⁹⁶.

وقد عرفها ابن عرفة بقوله: "لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين"¹⁹⁷.

ويقول التسولي شارحاً قول ابن عاصم الغرناطي في تحفة الحكام:

وأعملت شهادة السماع في الحمل والنكاح والرضاع

¹⁹⁵ — تبصرة الحكام في أصول الأقضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، 1/172.

¹⁹⁶ — المبسوط، شمس الدين السرخسي، 16/149—150. وشرح منح الجليل على مختصر خليل، محمد عlish 2/151. ومعني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشريبي، 4/597. والكافي لابن قدامة، 6/224.

¹⁹⁷ — شرح حدود ابن عرفة للرصاص، 2/593.

"(...) أي يشهدون بالسماع الفاشي على السنة أهل العدل وعمره أن فلانا نكح فلانة هذه بالصدّاق المسمّى، وأن وليها فلانا عقد عليها نكاحها برضاها. وأنه فشا وشاع بالدف والدخان"¹⁹⁸.

فشهادة السماع إذن يستند فيها الشاهد إلى فشو الخبر وذيعه بين الناس، دون أن يسمى المسموع منه، وإلا خرجت من شهادة السماع إلى الشهادة على الشهادة¹⁹⁹.

ولما كانت شهادة السماع ضعيفة²⁰⁰، فقد اشترط فيها المالكية شروطاً، أوصلها ابن فرحون إلى سبعة²⁰¹:

أولها: أنه لا يستخرج بها من يد حائز²⁰²، وبناء عليه اشترطوا لإثبات الزوجية بينة السماع، ألا تكون الزوجة في عصمة زوج آخر²⁰³.

ثانيها: طول الزمان، واختلف المالكية في قدر هذا الطول، قال ابن القاسم: إنما تجوز فيما أتت عليه أربعون أو خمسون سنة²⁰⁴، وهو ظاهر المدونة، وعن ابن القاسم أيضاً أن الطول عشرون سنة. قال ابن رشد: وهو الذي به العمل بقرطبة²⁰⁵.

198 - البهجة في شرح التحفة، التسولي. 237/1.

199 — حاشية حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للتاودي على البهجة في شرح التحفة، 236/1.

200 — البهجة في شرح التحفة، 246/1.

201 — تبصرة الحكام، 296/1-297.

202 — المرجع السابق، 296/1.

203 — شرح منح الجليل على مختصر خليل، 152/2 والبهجة في شرح التحفة 238/1.

204 — تبصرة الحكام 296/1. وشرح منح الجليل على مختصر خليل 274/4.

205 — شرح منح الجليل على مختصر خليل 274/4.

ثالثها: السلامة من الريب، فإن شهد اثنان بالسماع وفي القبيلة مائة من أسنانهما لا يعرفون شيئا من ذلك لم تقبل شهادتهما، إلا أن يكونا شيخين كبيرين قد باد جيلهما فتقبل حينئذ لانتفاء الريبة²⁰⁶.

رابعها: أن يحلف المشهود له بشهادة السماع²⁰⁷.

خامسها: ألا يسمى الشهود المسموع منهم، وإلا كانت شهادة نقل²⁰⁸.

سادسها: أن يشهد بذلك اثنان فصاعدا، ويكتفى بهما على المشهور، وقال عبد الملك وابن الماجشون: أربعة²⁰⁹.

سابعها: أن يكون السماع فاشيا²¹⁰، سواء سمع الشاهدان ما يشهدان به من العدول أو من غيرهم على المشهور²¹¹.

وفضلا عن هذه الشروط العامة اشترط المالكية في شهادة السماع في النكاح أن تكون مفصلة، لا إجمال فيها، وتفصيلها يكون بذكر اسمي الزوجين، وقدر الصداق مع بيان معجله ومؤجله، وذكر اسم الولي²¹².

²⁰⁶ — تبصرة الحكام، 1/296. والبهجة في شرح التحفة، 1/246.

²⁰⁷ — تبصرة الحكام، 1/296.

²⁰⁸ — المرجع السابق، 1/296.

²⁰⁹ — المرجع السابق، 1/297.

²¹⁰ — المرجع السابق، 1/297.

²¹¹ — البهجة في شرح التحفة، 1/243—244.

والمشهور في المذهب المالكي أن الزوجية تثبت بالسماع ولو أنكر أحد الزوجين، فلا يشترط فيها تقرارهما²¹³.

ومما جرى به العمل في الأندلس والمغرب شهادة اللفيف، وهي: "شهادة عدد كثير من الناس لا تتوفر فيه شروط العدالة المقررة، بحيث يحصل بها العلم على وجه التواتر"²¹⁴، ولعل الدافع إلى إعمال شهادة اللفيف هو سد المنافذ على البغاة والمعتدين، والحيلولة دون ضياع الحقوق حالة عدم وجود العدول في منطقة ما.

نقل القرافي عن ابن أبي زيد قوله: "إذا لم نجد في جهة إلا غير العدول أقمنا أصلحهم وأقلهم فجورا للشهادة عليهم ويلزم مثل ذلك في القضاة وغيرهم لتلا تضع المصالح"²¹⁵، ويقول القرافي معلقا على كلام ابن أبي زيد: "وما أظن أحدا يخالفه في هذا، فإن التكليف شرط في الإمكان، وهذا كله للضرورة، ولتلا تهدر الدماء وتضيع الحقوق وتتعلل الحدود". وعدد أنواعا من الشهادات التي أجازت للضرورة، وذكر من بينها شهادة اللفيف²¹⁶، ولما كانت شهادة اللفيف قد أجازت للضرورة فإنها لا تقبل متى تبين أن إسهاد العدول كان متيسرا، لأن شهادة العدول هي الأصل²¹⁷.

²¹² — شرح منح الجليل على مختصر خليل، 151/2. وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، 329/2.

²¹³ — تبصرة الحكام 299/1. والبهجة في شرح التحفة، 238/1.

²¹⁴ — العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، عمر بن عبد الكريم الجيدي، ص 495.

²¹⁵ — تبصرة الحكام 26/2.

²¹⁶ — المرجع السابق، 26/2.

²¹⁷ — وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 238.

ونظرا لضعف شهادة غير العدول، فإنه يستكثر من عدد الشهود في شهادة اللفيف، بحيث تقوي شهادة كل واحد منهم شهادة الآخر، فيبعث كل ذلك على الظن بصدقهم، فتقوم شهادتهم حينئذ مقام شهادة العدول²¹⁸.

وقد جرى العمل على أن المشهود له يأتي بأثني عشر رجلا، كيفما اتفق من اجتماع أو افتراق إلى عدل منتصب للشهادة، فيؤدون شهادتهم عنده، فيكتب رسم الاسترعاء على حسب شهادتهم، ويضع أسماءهم عقب تاريخه، ثم يكتب رسما آخر أسفل هذا الرسم يشهد فيه القاضي بثبوت الرسم أعلاه وصحته عنده، ثم يضع عدلان علامتيهما في أسفل الرسم الثاني²¹⁹.

وإذا كان الأصل في الشهادة أن تتوفر على نصابها الشرعي المتمثل في شاهدين عدلين، أو في لفيف مشكل من اثني عشر شاهدا، فإن دعوى الزوجية بعد وفاة أحد الزوجين تثبت بالشاهد واليمين، على ما قاله ابن القاسم، لأنها دعوى آيلة إلى المال، وكل دعوى بمال تثبت بالشاهد واليمين. وقال أشهب: لا ترث لأنه لا صداق لها، لأن الميراث فرع الزوجية، وهي لا تثبت بالشاهد واليمين، فكذا فرعها²²⁰.

²¹⁸ — المرجع السابق، ص 236.

²¹⁹ — وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 240. والعرف والعمل في المذهب المالكي، ص

497.

²²⁰ — شرح منح الجليل على مختصر خليل، 153/2. وحاشية الدسوقي، 330/2.

وفضلا عن الشهادة، يمكن إثبات العلاقة الزوجية بإقرار الزوجين، أو إقرار أحدهما وتصديقه من قبل الآخر. وهذا كله إذا كانا من غير أهل البلد، أي أنهما طارئان عليه²²¹.

وإذا كانت وسائل الإثبات غير محددة في وسيلة بعينها، بحيث تبقى مفتوحة على جميع الوسائل التي من شأنها إظهار الحق، فما هي إذن المقتضيات الجديدة التي جاءت بها مدونة الأسرة في موضوع إثبات العلاقة الزوجية؟

المطلب الثاني: إثبات العلاقة الزوجية غير الموثقة في ظل مدونة الأسرة.

نظم المشرع المغربي مسألة إثبات الزواج بمقتضى المادة 16 من مدونة الأسرة، والتي تنص على ما يلي:

"تعتبر وثيقة الزواج الوسيلة المقبولة لإثبات الزواج. إذا حالت أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، تعتمد المحكمة في سماع دعوى الزوجية سائر وسائل الإثبات وكذا الخبرة، تأخذ المحكمة بعين الاعتبار، وهي تنظر في دعوى الزوجية، وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

يعمل بسماع دعوى الزوجية في فترة انتقالية لا تتعدى عشر سنوات²²² ابتداء من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ".

²²¹ شرح منح الجليل على مختصر خليل، 159/2. وحاشية الدسوقي، 332/2.

²²² — قبل التعديل الذي عرفته هذه الفقرة كانت الفترة الانتقالية التي حددها المشرع لسماع دعوى الزوجية محددة في خمس سنوات من تاريخ دخول مدونة الأسرة حيز التنفيذ، إلا أنه وبعد انصرام هذه الفترة الانتقالية في 04 فبراير 2009، بقيت العديد من الملفات المتعلقة بإثبات الزوجية عالقة، فتدارك

ويستفاد من هذا النص أن رسم الزواج الذي يحلله العدلان ويخاطب عليه قاضي التوثيق، يعتبر حجة قاطعة على قيام العلاقة الزوجية، لا يمكن الطعن فيه إلا بالزور²²³، غير أنه إذا حالت ظروف قاهرة دون توثيق العقد في إبانته يمكن للمعني بالأمر أن يرفع إلى المحكمة المختصة دعوى ثبوت الزوجية.

ويلاحظ أن المشرع لم يحدد المقصود بالأسباب القاهرة، ولم يقدم أمثلة عنها حتى يمكن للقاضي الرجوع إليها، ولو على سبيل الاستئناس، مما ساهم في تخطيط واضطراب العمل القضائي، وعدم استقراره على توجه واضح في تعامله مع قضايا ثبوت الزوجية كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني.

واستنادا إلى المفهوم الذي تبناه القضاء المغربي بخصوص حالة الاستثناء الواردة في المادة الخامسة²²⁴ من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، اعتبر الأستاذ محمد الكشور أن السبب القاهر "هو كل عقبة مادية حالت دون توثيق عقد الزواج أمام العدلين المنتصبين للإشهاد"²²⁵، إلا أنه يلاحظ أن القضاء المغربي في تطبيقه للمادة 16 من مدونة الأسرة لم يحصر السبب القاهر في العقبة المادية، بل إنه أحيانا يعتد بالسبب الذي يعود لوجود عقبات وموانع قانونية حالت دون توثيق عقد الزواج، كحالة عدم الحصول على الإذن

المشرع الموقوف، وأصدر القانون رقم 08—09 الذي عدلت بموجبه هذه الفقرة الرابعة والأخيرة من المادة 16. (الجريدة الرسمية عدد 5859، بتاريخ 16 يوليوز 2010).

²²³ - الشافي في شرح مدونة الأسرة، عبد الكريم شهبون، الجزء الأول، ص 62.

²²⁴ — تنص هذه المادة في فقرتها الرابعة على أنه: "يجوز للقاضي — بصفة استثنائية — سماع دعوى

الزوجية واعتماد البينة الشرعية في إثباتها".

²²⁵ — الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، عقد الزواج وآثاره، ص 399.

القضائي بالتعدد، أو بزواج القاصر، وحالة عدم حصول العسكريين ومن في حكمهم على رخصة الزواج من المصالح المختصة التابعين لها.

وتجدر الإشارة إلى أنه لا بد من رفع دعوى ثبوت الزوجية أمام المحكمة المختصة ولو في حالة اتفاق بين الطرفين، وشهادة اللفي لا تقوم مقام عقد الزواج²²⁶.
والحكم القاضي بثبوت العلاقة الزوجية ينهض وحده حجة على قيام هذه العلاقة، دونما حاجة إلى إنجاز رسم الزواج لدى العدلين المنتصبين للإشهاد²²⁷.

وخلافا للمادة الخامسة من مدونة الأحوال الشخصية الملغاة، والتي كانت في فقرتها الرابعة تحصر وسائل الإثبات في البيئة الشرعية، فإن مدونة الأسرة ومن خلال المادة 16 منها فسحت المجال أمام القاضي للأخذ بسائر وسائل الإثبات بما في ذلك الخبرة، التي يمكن اعتمادها لإثبات علاقة البنوة مع المدعى عليه، غير أن الخبرة في هذه الحالة لا تعدو كونها قرينة على قيام العلاقة الزوجية، حيث يمكن دحضها وإثبات عكسها، فإذا أثبتت الخبرة أن ثمة رابطة بيولوجية بين المدعى عليه — وهو في الغالب الزوج — وبين ابنه، فإن ذلك غير كاف للقول بثبوت العلاقة الزوجية، لأنه يحتمل أن يكون هذا الابن ثمرة علاقة

²²⁶ — دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، ص 27.

²²⁷ — جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى: "(...) فإن المحكمة لما ثبت لها قيام العلاقة الزوجية بين الطرفين، كان عليها أن تصرح بذلك في منطوق قرارها، وإذ هي اكتفت بالإذن للمستأنفة بإنجاز رسم ثبوت الزوجية بينها وبين المستأنف عليه، مع أن المادة المذكورة صريحة في منطوقها فإنها لم تجعل لما قضت به أساسا وعرضت قرارها للنقض". (قرار عدد 616، صادر بتاريخ 9 دجنبر 2009، ملف عدد 2008/1/2/219، نشرة قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء 4، ص 64-65).

غير شرعية، لذلك فالمحكمة مطالبة بالتثبت والتحري بشأن استجماع هذه العلاقة للأركان والشروط الواجب توافرها في عقد الزواج.

وطبقا للمادة 16، وحماية لمصلحة الطفل ولحقه في النسب، فإن المحكمة — وهي بصدد النظر في دعوى الزوجية — مطالبة بأن تأخذ بعين الاعتبار وجود أطفال أو حمل ناتج عن العلاقة الزوجية، وما إذا رفعت الدعوى في حياة الزوجين.

المبحث الثاني: العمل القضائي في قضايا ثبوت الزوجية:

مما لا شك فيه أن الأحكام والقرارات القضائية تمثل مرآة صادقة تعكس مدى التطبيق السليم للنصوص القانونية، ومدى قدرة القاضي على التفاعل مع واقعه الاجتماعي، وإبداع الحلول الناجعة لما يعرض عليه من قضايا.

وقاضي الأسرة مطالب — من جهة — باحترام ما جاءت به مدونة الأسرة من أحكام ومقتضيات، ومطالب — من جهة أخرى — باحترام أحكام الفقه الإسلامي، وخاصة الفقه المالكي باعتباره مصدرا احتياطيا يعود إليه القاضي كلما عرضت عليه قضية لم يرد بشأنها نص في المدونة²²⁸. بل إن المجلس الأعلى للقضاء وفي العديد من قراراته درج على اعتبار الأحكام الفقهية بمثابة قانون، وأن كل خرق لها هو خرق للقانون ذاته²²⁹.

²²⁸ — تنص المادة 400 من مدونة الأسرة على ما يلي: "كل ما لم يرد به نص في هذه المدونة يرجع فيه إلى المذهب المالكي والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعايشة بالمعروف".

²²⁹ — جاء في أحد قراراته: "(...) والمحكمة لما قضت بصحة النحلة في حق الابن محمد دون غيره من الأبناء لعدم ثبوت الخوذة، فإن قراراتها غير مبنيين على أساس، وتعليلها فاسد وهو بمثابة انعدامه، وخارقان للفقه المعمول به، وهو بمثابة قانون، ويتعين نقضهما" (قرار عدد 232، صادر بتاريخ 13

ومن خلال ما وقفت عليه من أحكام وقرارات قضائية، يمكن إبراز بعض ملامح العمل القضائي المغربي في قضايا ثبوت الزوجية في النقطتين التاليتين:

1 — موقف القضاء من إثبات السبب القاهر.

2 — كيفية تعامل القضاء مع وسائل إثبات العلاقة الزوجية.

المطلب الأول: موقف القضاء من إثبات السبب القاهر.

سبقت الإشارة إلى أن المشرع المغربي لم يحدد المقصود بالسبب القاهر، وهذا ما أحدث اضطرابا في العمل القضائي، فبينما يتشدد القضاء أحيانا ويفرض كثيرا من الظروف والأعذار المقدمة من طالبي ثبوت الزوجية، باعتبارها لا تشكل سببا قاهرا، يتعامل أحيانا أخرى بمرونة وتساهل واضح، بل وقد يغض الطرف رغم عدم الإدلاء بأي سبب. ومن القرارات التي أبدى فيها المجلس الأعلى للقضاء نوعا من الصرامة في تقديره للسبب المدلى به، القرار عدد 91، الصادر بتاريخ 16 فبراير 2010²³⁰، والذي نقض

ماي 2009، ملف عدد 2006/1/2/463، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 6 ص 101—103). وانظر كذلك القرار الصادر بتاريخ 2006/11/22، في الملف عدد 2005/1/2/350، المتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة. الجزء الأول، ص 426. والقرار عدد 171، صادر بتاريخ 2009/04/15، ملف عدد 2008/1/2/276. أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة، ص 43 — 44.

²³⁰ — ملف عدد 2008/1/2/487، نشرة قرارات المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، العدد 4، ص 77—78 وانظر في نفس السياق القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بالحسيمة بتاريخ 2007/01/09، ملف عدد 2006/7/637، المتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج 1، ص 10—11. وحكم المحكمة الابتدائية بالعرائش عدد 2005/0405، صادر

فيه القرار الاستثنائي، معتبرا أن عدم الحصول على الإذن بزواج القاصر لا يشكل سببا قاهرا، مع العلم أن المجلس الأعلى اعتد بهذا السبب في قرارات أخرى²³¹.

ومن القرارات التي أبانت عن تساهل واضح، قرار المجلس الأعلى عدد 81، والصادر في 18 فبراير 2009²³²، حيث عاب الطاعن على القرار الاستثنائي عدم إشارته إلى السبب القاهر، لكن جواب المجلس الأعلى كان كالاتي: "وأما بخصوص عدم ذكر سبب عدم توثيق عقد الزواج المثار من طرف الطاعن ومن النيابة العامة، فإن محكمة الموضوع قد أجابت عن ذلك بكون الأسباب المشار إليها في المادة 16 من مدونة الأسرة غير محددة، خاصة في وجود العدول أو عدمه بل تتعلق بأسباب تختص محكمة الموضوع بتقديرها حسب ملابسات كل نازلة".

صحيح أن اعتبار السبب قاهرا من عدمه متروك للسلطة التقديرية لمحاكم الموضوع، لكن وبالرجوع إلى وقائع هذه القضية فالمدعية ادعت في مقالها "أن ظروفًا خارجة عن إرادتها حالت دون توثيق عقد الزواج"، دون أن تبين طبيعة هذه الظروف. وما دام الأمر كذلك، فكيف تستطيع المحكمة أن تحدد ما إن كان الأمر يتعلق بسبب قاهر أم لا؟

بتاريخ 2007/10/22، ملف رقم 07/05، أحكام الزواج والطلاق من خلال الاجتهاد القضائي، أحمد زوكاغي، ص 50.

²³¹ — انظر على سبيل المثال: القرار عدد 57، صادر بتاريخ 3 فبراير 2010، ملف عدد 2009/1/2/82، والقرار عدد 3، صادر بتاريخ 7 يناير 2009، ملف عدد 2008/1/2/376، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 4، ص 78-79.

²³² — ملف عدد 2006/1/2/29، المرجع السابق، ص 69-71.

ويبلغ التساهل ذروته عند عدم وجود تنازع بين الزوجين حول قيام العلاقة الزوجية بينهما، فيتوسع القضاء في مفهوم السبب القاهر بحيث يستغرق كل الأسباب تقريباً، والأسباب التي أخذ بها القضاء المغربي واعتبرها ظروفًا قاهرة تبرر عدم توثيق العقد، يمكن تصنيفها إلى ثلاثة أنواع:

النوع الأول: الأسباب الاقتصادية والاجتماعية والثقافية ، كعدم التوفر على الموارد المالية²³³، ووجود طفل بين الطرفين²³⁴، والجهل بالحماية القانونية التي يوفرها رسم الزوجية²³⁵، بل إن جريان العادة بعدم توثيق الزواج اعتبره أحد الأحكام القضائية سبباً قاهراً²³⁶.

²³³ — حكم المحكمة الابتدائية بالعرائش، عدد 544، صادر بتاريخ 2006/12/05، ملف عدد 05/06/473، أحكام الزواج والطلاق من خلال الاجتهاد القضائي، مرجع سابق، ص46.

²³⁴ — قرار صادر عن محكمة الاستئناف بوجدة بتاريخ 2005/03/16، ملف عدد 605 — 04، المرجع السابق، ص12.

²³⁵ — حكم المحكمة الابتدائية بإممنتانوت، صادر بتاريخ 2007/08/07، ملف عدد 07/228، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء الأول، مرجع سابق، ص 29.

²³⁶ — حكم المحكمة الابتدائية بسوق الأربعاء الغرب، عدد 256، صادر بتاريخ 23-05-2007، ملف رقم 2006/07، أحكام الزواج والطلاق من خلال الاجتهاد القضائي، ص35.

النوع الثاني: الأسباب ذات الطبيعة الإدارية، كعدم التوفر على الأوراق الإدارية²³⁷، أو وفاة العدل بعد تسلمه وثائق ملف الزواج²³⁸، أو عدم وجود العدول أصلا بالمنطقة التي أبرم بها الزواج²³⁹.

النوع الثالث: أسباب متعلقة بوجود موانع قانونية، كعدم الحصول على الإذن بالتعدد²⁴⁰، أو بزواج القاصر²⁴¹، أو عدم الحصول على رخصة الزواج بالنسبة للعسكريين ومن في حكمهم²⁴².

وهكذا إذن، يظهر جليا أن موقف القضاء يتراوح بين الصرامة حيناً والتساهل أحيانا أخرى. لكن السؤال الذي يطرح هنا: ما الذي يحمل القضاء على إثارة مدى تحقق

²³⁷ — انظر على سبيل المثال القرار الصادر عن محكمة الاستئناف بوجدة، بتاريخ 2006/03/15، ملف عدد 589—05، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج1، ص12—13.

²³⁸ — حكم صادر عن مركز القاضي المقيم بكتامة، بتاريخ 2006/05/18، ملف عدد 2006/23، المرجع السابق، ص28.

²³⁹ — قرار المجلس الأعلى عدد 289، صادر بتاريخ 2009/06/10، ملف عدد 2008/1/2/311، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 4، ص72—73.

²⁴⁰ — قرار المجلس الأعلى عدد 151، صادر بتاريخ 2007/03/07، ملف عدد 2006/1/2/608، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته و مستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، إبراهيم بحماني، المجلد 1، ص263—265.

²⁴¹ — قرار المجلس الأعلى عدد 57، صادر بتاريخ 3 فبراير 2010، ملف عدد 2009/1/2/82، نشرة قرارات المجلس الأعلى، عدد 4، ص78—79.

²⁴² — قرار المجلس الأعلى عدد 296، صادر بتاريخ 2009/06/10، ملف عدد 2007/1/2/557، المرجع السابق، ص71.

السبب القاهر، والتشدد في الأخذ ببعض الأسباب المدلى بها في بعض القضايا، والتساهل وغض الطرف في قضايا أخرى؟ بل إن السبب الواحد قد يؤخذ به في هذه القضية ولا يعتد به في قضية أخرى مماثلة لها.

ومع الإقرار بصعوبة تقديم جواب نهائي وحاسم، فإنه يلاحظ أن القضاء المغربي — عموماً — يتعامل بمرونة مع الأسباب التي يتذرع بها طالبوا ثبوت الزوجية، إلا أنه كلما ساور المحكمة شك في قيام العلاقة الزوجية، أو لم يحصل لديها الاطمئنان والاعتناع الكافي بوسائل الإثبات، إلا وتبدي صرامة وحزماً في تقديرها للأعذار والأسباب المدلى بها. وكأن مسألة السبب القاهر ورقة في يد المحكمة تشهرها متى تشاء، وتصرف عنها النظر متى تشاء.

وهكذا، فقد أثار المجلس الأعلى مسألة السبب القاهر في أحد قراراته لوجود تضارب في شهادة الشهود، وإفادة السلطة المحلية أن المعنيين بالأمر كانت تجمعهما رابطة غير شرعية²⁴³، وجاء في قرار استثنائي²⁴⁴: "(...) وحيث من جهة أخرى فإن المستأنفة سبق أن كانت لها علاقة زواج صحيحة طلقت في بحر سنة 1997 وفق عقد الطلاق المدلى به، وكلا العقدين موثق، ولا يمكن أن تنطلي عليها الحيلة في علاقتها الحالية المدعى أنها زواج، لكونها سابقاً وثقت عقدي الزواج والطلاق وهي سيدة ذات ثقافة عالية حاملة للدكتوراه في الأدب، وفق ما أدلت به، لذلك وما دام يعوزها توثيق ما ادعته، وعدم توفر أي عنصر حال بينها وبين ما تطلب، فإن المحكمة ترى تأييد الحكم المستأنف".

²⁴³ — قرار المجلس الأعلى عدد 276، صادر بتاريخ 2009/6/3، ملف عدد

2007/1/2/678، المرجع السابق ص 76.

²⁴⁴ - صادر عن محكمة الاستئناف بمكناس، بتاريخ 2008/07/01، ملف عدد 8/08/1230،

المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج 1، ص 18.

ويلاحظ أيضا أن القضاء يسير أحيانا على نفس نهج الصرامة إذا تبين أن هناك تحايلا على النصوص القانونية المنظمة للتعدد²⁴⁵، أو لزواج القاصر²⁴⁶.

بيد أن هذا ليس هو حال جميع القرارات والأحكام القضائية، ففي أحد القرارات²⁴⁷ أيدى المجلس الأعلى القرار الاستثنائي القاضي بثبوت الزوجية، رغم ما تأكد للمحكمة من زواج المدعى عليه بامرأة أخرى، وإقراره بذلك.

وجاء في قرار آخر²⁴⁸: "... وأن تقدير الشهادة موكل لسلطة المحكمة ولا رقابة عليها، إلا فيما تستخلصه منها بأسباب سائغة، وإذ هي استمعت إلى ثلاثة عشرة [هكذا] شاهدا الذين صرحوا بقيام علاقة زواج بين الطرفين، بما علموه من حضورهم حفل زفافهما وإقامة المطلوبة ببيت الزوجية وإقرار الطاعن نفسه بوقوع الخطبة، وأن سبب عدم كتابة العقد هو صغر سنهما واستخلصت منها ثبوت العلاقة الزوجية بين الطالب والمطلوبة، واعتبرت أن المانع من كتابة العقد هو صغر سن الزوجة تكون قد قدرت الشهادة تقديرا سائغا يرر ما انتهت إليه والوسيلة بدون اعتبار".

²⁴⁵ — انظر على سبيل المثال قرار المجلس الأعلى عدد 128، صادر بتاريخ 2009/03/25، ملف عدد 2008/1/2/558، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة غرفة الأحوال الشخصية والميراث، عدد 4، ص 66-67.

²⁴⁶ — قرار المجلس الأعلى عدد 91، صادر بتاريخ 16 فبراير 2010، ملف عدد 2008/1/2/487، المرجع السابق، ص 77-78.

²⁴⁷ — قرار عدد 151، صادر بتاريخ 2007/03/07، ملف عدد 2006/1/2/608، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته، مرجع سابق، ص 263-265.

²⁴⁸ — قرار عدد 57، صادر بتاريخ 3 فبراير 2010، سبقت الإشارة إليه.

وبعد استعراض هذه الأحكام والقرارات القضائية، لا بد من الإدلاء بملاحظاتين:

الملاحظة الأولى: تتعلق بما يخلقه هذا التضارب — خاصة عندما يتعلق الأمر بقرارات المجلس الأعلى للقضاء — من تشويش على القضاة والمتقاضين، الذين قد تتزعزع ثقتهم في القضاء، عندما يلاحظون أن الظرف الواحد تعتد به هذه المحكمة وتأخذ به كسبب قاهر يرر عدم توثيق عقد الزواج في إبانه، وترفضه محكمة أخرى.

الملاحظة الثانية: تتعلق بالتساهل الذي أبداه القضاء في بعض القضايا التي يعود السبب القاهر فيها إلى وجود موانع قانونية حالت دون توثيق عقد الزواج، فمثل هذا التساهل يطرح إشكالية ضمان الانسجام بين النص القانوني والعمل القضائي. فمن المعلوم أن مدونة الأسرة قد بينت الشروط والإجراءات والمساطر الواجب اتباعها للحصول على الإذن بالتعدد²⁴⁹، أو بزواج القاصر²⁵⁰، لكن القضاة بمسلكهم هذا يشجعون على التحايل والالتفاف على النص القانوني، فيصبح عدم الجدوى، فارغ المحتوى، وقاصرا عن تحقيق مقاصد المشرع وأهدافه.

وهكذا تصبح دعوى ثبوت الزوجية مخرجا لمن لا مخرج له، فكل من تعذر عليه الحصول على الإذن القضائي بالتعدد أو بزواج القاصر، يمكن أن يبرم زواجه، ثم يرفع بعد ذلك دعوى ثبوت الزوجية أمام المحكمة المختصة، ليضعها أمام الأمر الواقع، فيكون له ما أراد، متخطيا بذلك كل القيود والعقبات التي وضعتها المدونة في وجهه.

²⁴⁹ — المواد من 42 إلى 46.

²⁵⁰ — المادتان 20 و 21.

المطلب الثاني: كيفية تعامل القضاء مع وسائل إثبات العلاقة الزوجية:

سبقت الإشارة في المبحث السابق إلى أن المدونة توسعت في وسائل إثبات العلاقة الزوجية، وحوّلت القاضي صلاحية الأخذ بسائر وسائل الإثبات، بما في ذلك الخبرة الطبية.

وإذا كان الغالب هو اعتماد شهادة الشهود، فإن القضاء المغربي قد يعتمد في أحيان أخرى على الشهادة الإدارية، والبحث الذي تقوم الشرطة القضائية، وإقرار الزوج، ووجود صور فوتوغرافية توثق للخطوبة أو لحفل الزواج، وقد تعتمد المحكمة في القضية الواحدة على أكثر من وسيلة إثبات.

ومن الإشكالات التي تطرح في هذا الصدد تلك المتعلقة بمدى أخذ القضاء بالشهادة المحملة، وبشهادة السماع، وبشهادة أقل من اثني عشر شاهداً، وإقرار الزوجين.

1 — مدى أخذ القضاء بالشهادة المحملة:

يشترط الفقهاء في شهادة النكاح أن تكون مفصلة لا إجمال فيها، بحيث تأتي على ذكر أركان الزواج وشروطه من رضا وصدق وولي²⁵¹.

وقد سائر القضاء المغربي هذا الموقف الفقهي في بعض ما صدر عنه من أحكام وقرارات، ومما جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى²⁵²: "إذا كانت المادة 16 من مدونة الأسرة أجازت بصفة انتقالية سماع دعوى الزوجية وإثباتها بسائر وسائل الإثبات ومنها

²⁵¹ — انظر المبحث الأول.

²⁵² — القرار عدد 248، صادر بتاريخ 2008/05/07، ملف عدد 2007/1/2/596، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، الجزء 4، ص76.

شهادة الشهود، فإن الشهادة المقبولة لذلك يجب أن تكون مفصلة ومفيدة في معرفة أركان عقد الزواج وشروطه من حيث حصول الرضا بين الزوجين ومعرفة الصداق والولي عند لزومه، وهي أركان وشروط أساسية لا بد من معرفة الشاهد بها حتى تقبل شهادته، والبن من شهادة الشهود التي اعتمدها المحكمة أنها جاءت بمحملة، وكلها مبنية على مجرد استنتاجات لا تستند إلى علم خاص بطبيعة العلاقة التي تربط بين الطرفين، فلم يصرح أي واحد من الشهود بمعرفته للصداق أو حضور حفل الزواج أو مجلس العقد، وهي تفاصيل من شأنها معرفة حصول الرضا بين الزوجين الذي لا يقوم عقد الزواج بدونه والمحكمة لما اعتمدت تلك الشهادة في سماع الدعوى تكون قد أساءت تطبيق المادة 16 المذكورة وعرضت قرارها للنقض".

لكن في قرار آخر²⁵³ عاب الطاعن على شهادة الشهود كونها بمحملة، فكان جواب المجلس الأعلى بأن المحكمة قد ثبت لها قيام العلاقة الزوجية بناء على شهادة الشهود المستمع إليهم، وبناء كذلك على التزام مصادق عليه، يلتزم فيه الطاعن بإتمام إجراءات الزواج. ولعل ما جعل المجلس الأعلى يأخذ بهذه الشهادة رغم ما فيها من إجمال، هو كونها معززة بالتزام سابق من الزواج بإتمام إجراءات الزواج.

والحقيقة أن هذا الموقف الذي يشترط أن تكون الشهادة مفصلة، لا ينسجم مع الثقافة السائدة لدى كثير من الأسر المغربية، والتي أضحت تنظر إلى تفاصيل عقد الزواج — من صداق وشروط متفق عليها بين الطرفين وغيرها — كأسرار عائلية لا تطلع عليها أحدا، فكيف إذن لأهل الحي أو لسكان القرية أن يعلموا بقدر الصداق ومعهله ومؤجله؟

²⁵³ — قرار المجلس الأعلى عدد 66، بتاريخ 2007/1/31، ملف عدد 2006/1/2/437، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته و مستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، إبراهيم بحماني، المجلد الأول، ص 247—250.

وحتى وإن حضر الشهود مجلس العقد واطلعوا على تفاصيله، فهل من السهولة أن تجد بعد مرور عدة سنوات اثني عشر شاهدا كلهم يتذكرون هذه التفاصيل؟
ولعل هذه الصعوبات هي التي جعلت القضاة يبدون — أحيانا — نوعا من المرونة، ويقبلون الشهادة رغم ما فيها من إجمال.

2 — مدى أخذ القضاء بشهادة السماع:

من المقرر لدى الفقهاء جواز إثبات العلاقة الزوجية بناء على شهادة السماع، وذلك بأن يشهد الشهود بسماعهم سمعا فاشيا أن فلانا متزوج بفلانة، فالشهادة وإن استندت إلى مجرد اشتهار النكاح وفشو خبره بين الناس، تنهض حجة على ثبوت الزوجية، وإن لم يحضر الشهود مجلس العقد أو حفل الزفاف.

وإذا كان القضاء المغربي يأخذ بهذا الاتجاه الفقهي أحيانا²⁵⁴، فإن بعض ما صدر عنه من أحكام وقرارات يثير مسألة عدم حضور الشهود مجلس العقد أو حفل الزواج، مما قد يوحي بأن هذا الحضور شرط لقبول شهادتهم والاعتداد بها²⁵⁵، بل إن

²⁵⁴ — انظر على سبيل المثال قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2005/11/09، ملف عدد 2004/1/2/319. المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، الجزء 1، ص 7. وقرار محكمة الاستئناف بوجدة الصادر بتاريخ 2006/3/15، ملف عدد 05/589. المرجع السابق، ص 12-13.

²⁵⁵ — انظر قرار المجلس الأعلى عدد 276، صادر بتاريخ 2009/6/3، ملف عدد 2007/1/2/6/678. نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، ج 4، ص 76. والقرار عدد 248، صادر بتاريخ 2008/5/7، ملف عدد 2007/1/2/596.

سبقت الإشارة إليه.

المجلس الأعلى ذهب في أحد قراراته²⁵⁶ إلى حد اعتبار حضور الشهود مجلس العقد شرطاً في البينة الشرعية، وأن الشهادة التي يستند فيها الشهود إلى المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع مخالفة لما هو مقرر فقهاً!

ومما جاء في هذا القرار: "... فإنه يجب أن تستجمع هذه البينة شروطها المقررة فقهاً، ومنها توفرها على المستند الخاص لعلم شهودها المتمثل في حضورهم مجلس العقد ومعرفة الولي والصدّاق وأن تحول أسباب قاهرة دون توثيق العقد في وقته، والحكمة لما قبلت بينة استند فيها الشهود إلى المخالطة والمجاورة وشدة الاطلاع، تكون قد خالفت ما هو مقرر فقهاً وعرضت قرارها للنقض".

لكن إذا كانت صحة الشهادة مرهونة ببيان مستند علم الشاهد²⁵⁷، وإذا كان الأصل أن يستند الشاهد في شهادته إلى علمه الحاصل له بالرؤية أو السمع المباشرين؛ أي من غير واسطة، فإن الإنسان قد يحصل له العلم بشيء من غير أن يراه بنفسه ويحضره، وذلك بواسطة السماع ممن رأى ذلك وحضر²⁵⁸.

وبناء عليه، ولما كان يجوز للشاهد أن يستند في شهادته على مجرد السماع، واشتغال الأخبار واستفاضتها بين الناس، ولما اعتبر قرار المجلس الأعلى سالف الذكر أن مستند علم الشهود يتمثل في حضورهم مجلس العقد، فإنه يكون بذلك قد حصر مستند

²⁵⁶ — القرار عدد 303، صادر بتاريخ 2006/5/17، ملف عدد 2004/1/2/435، العمل

القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته، المجلد 1، ص 191—193.

²⁵⁷ — وسائل الإثبات في الفقه الإسلامي، ص 62 وما بعدها.

²⁵⁸ — المرجع السابق، ص 70.

علم الشهود في الرؤية والسمع المباشرين، وأقصى بذلك شهادة السماع، مخالفا الأحكام الفقهية، والتي ما فتئ المجلس الأعلى يؤكد أن خرقها هو بمثابة خرق للقانون.

3 — مدى أخذ القضاء بشهادة أقل من اثني عشر شاهدا:

مسيرة للقضاء المغربي لما جرى به العمل في الأندلس والمغرب، فإنه يشترط أحيانا شهادة شاهدين عدلين، أو شهادة لفيف لا يقل عدد شهوده عن اثني عشر شاهدا. جاء في أحد قرارات المجلس الأعلى²⁵⁹: "... حيث صح ما نعتة الوسيلة ذلك أنه لئن كانت المادة 16 من مدونة الأسرة أجازت بصفة انتقالية سماع دعوى الزوجية وإثباتها بجميع وسائل الإثبات ومنها شهادة الشهود، فإنه يجب أن تتوفر الشهادة على النصاب الشرعي المتمثل في شاهدين عدلين أو ما يعادلها من لفيف يتكون من اثني عشر شاهدا كما هو مقرر في المشهور من الفقه المالكي، والمحكمة لما استندت في إثبات العلاقة الزوجية بين الطرفين على مجرد تصريحات ثلاثة شهود غير عدول تكون قد خرقت القواعد الفقهية المقررة وعرضت قرارها للنقض".

لكن وفي مقابل هذا الحرص على استيفاء الشهادة لنصابها الشرعي، فإن القضاء اكتفى في قضايا كثيرة بشهادة أقل من اثني عشر شاهدا، وأحيانا بشهادة الشاهدين

²⁵⁹ — قرار عدد 465، صادر بتاريخ 2006/7/19، ملف شرعي عدد 2006/1/2/67، العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته، ص 207—209. وانظر كذلك قرار المجلس الأعلى عدد 480، صادر بتاريخ 2006/7/26، ملف عدد 2006/1/2/51، المرجع السابق، ص 211—213.

والثلاثة، خاصة عند وجود أطفال²⁶⁰، أو عندما تكون شهادة الشهود معززة مثلاً بصور فوتوغرافية²⁶¹، أو بشهادة إدارية²⁶² من السلطة المحلية تشهد فيها بوجود رابطة بين الطرفين.

في الحقيقة إن موقفا كهذا — وخاصة عندما يصدر عن المجلس الأعلى، الهيئة القضائية العليا، التي يعول عليها في تدبيح قرارات نموذجية تسير على هديها محاكم الموضوع²⁶³ — يثير الدهشة والاستغراب²⁶⁴، فالمجلس الأعلى تراه تارة يشدد على ضرورة استيفاء الشهادة للنصاب الشرعي، وتراه تارة أخرى يرد على طعن الطاعن في اكتفاء المحكمة بالاستماع إلى سبعة شهود، بأن شهادتهم معززة بصور فوتوغرافية للطرفين أخذت

²⁶⁰ — قرار محكمة الاستئناف بوحدة، صادر بتاريخ 2006/3/15، ملف عدد 05/589، سبقت الإشارة إليه.

²⁶¹ — قرار المجلس الأعلى عدد 275، صادر بتاريخ 2007/5/16. ملف عدد 2006/1/2/682. العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته ومستجداته، المجلد 1، ص 255-257.

²⁶² — قرار المجلس الأعلى عدد 289، صادر بتاريخ 10 يونيو 2009، ملف عدد 2008/1/2/311، نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، ص 72-73.

²⁶³ — يقصد بها المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف، أما المجلس الأعلى فيعد محكمة قانون، لأن وظيفته الأساسية هي مراقبة محاكم الموضوع، من زاوية حسن وسلامة تطبيقها للقانون. (التنظيم القضائي المغربي، محمد أحداف، ص 401).

²⁶⁴ — خاصة عند ما تكون الهيئة القضائية مصدرة القرار مشكلة من نفس الأعضاء باستثناء عضو واحد، كما هو الشأن بالنسبة للقرار 465، الصادر بتاريخ 2006/7/19، ملف عدد 2006/1/2/67، والقرار 275، الصادر بتاريخ 2007/05/16، ملف عدد 2006/1/2/682، سبقت الإشارة إليهما.

لهما في غرفة النوم، وأن المعني بالأمر يقر بأن تلك الصور تتعلق به²⁶⁵. فمتى كانت الصور الفوتوغرافية المأخوذة خلف الأبواب الموصدة — ولو مع إقرار الطرفين بأنها تتعلق بهما — حجة على قيام علاقة شرعية مستجمعة لأركانها وشروطها؟

وإذا كان القضاء المغربي — في ظل مدونة الأحوال الشخصية الملغاة — قد بقي وفيا لشهادة الليف، إلى حد تفسيره للبيئة الشرعية بالليف²⁶⁶، وإذا كان القضاء في ظل مدونة الأسرة قد أخذ بشهادة أقل من اثني عشر شاهدا في قضايا كثيرة، فهل يعكس هذا تحولا في موقف القضاء؟ وهل يمكن القول إن القضاء أخذ يولي ظهره لشهادة الليف، خاصة في ظل الانتقادات الكثيرة التي وجهت إليها²⁶⁷؟

4 — مدى أخذ القضاء بإقرار الزوجين:

في واقع الأمر لم أقف على أي حكم أو قرار قضائي يقضي بثبوت الزوجية بناء على الإقرار وحده، فرغم إشارة القضاة في حيثيات الأحكام إلى إقرار الزوجين، فإن ذلك يكون مصحوبا دائما بالإشارة إلى اعتماد المحكمة على وسائل إثبات أخرى كشهادة الشهود²⁶⁸، والشهادة الإدارية²⁶⁹ مثلا، ولم أقف أيضا على حكم أو قرار قضائي يناقش

²⁶⁵ — القرار عدد 275، صادر بتاريخ 2007/05/16، ملف عدد 2006/1/2/682، سبقت الإشارة إليه.

²⁶⁶ — التعليق على قانون الأحوال الشخصية، أحمد الخمليشي، ج 1، ص 186.

²⁶⁷ — بخصوص هذه الانتقادات انظر: العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، عمر بن عبد الكريم الجيدي، ص 498. والتعليق على قانون الأحوال الشخصية، ج 1، ص 187-192.

²⁶⁸ — انظر على سبيل المثال: قرار المجلس الأعلى الصادر بتاريخ 2005/11/09، ملف عدد 2004/1/2/319، المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، ج 1، ص 7. وقرار المجلس

مسألة كون الزوجين المقرين من أهل البلد أم لا، مع العلم أن الثابت لدى الفقهاء المالكية هو اعتبار إقرار الزوجين وحده كافيا لثبوت العلاقة الزوجية، شريطة أن يكونا من غير أهل البلد، أي أن يكونا طارئين عليه على حد تعبير الفقهاء.

ويعلق أحد القضاة²⁷⁰ على هذه المسألة بقوله: "غير أن هذا التقسيم لم يعد له في وقتنا الحاضر أي مبرر نظرا لتطور المجتمعات، ولكثرة انتقال الأشخاص واستقرارهم حيثما كان لهم الشغل، أو مورد عيش، إلى درجة لم يعد فيه كل بلد يقتصر على أصحاب البلدة فقط، فإذا ادعى رجل وامرأة أنهما زوجان، أو ادعى أحدهما الزوجية وصدقه الآخر، وتم ذلك في صحتهما، فإن ذلك يكفي في ثبوت الزوجية إن كان لهما أولاد أو كانت المرأة حاملا حفظا لنسب الأولاد".

والجدير بالذكر أن عدم أخذ القضاء — أحيانا — ببعض الأقوال الفقهية، يحيلنا على مسألة مهمة تتعلق بمحدود أعمال قاعدة الإحالة. فلئن كانت المادة 400 من مدونة الأسرة واضحة في إحالة القاضي على الفقه المالكي والاجتهاد، عندما تعرض عليه قضية لم يرد بشأنها نص في المدونة، فإن عودة القضاء إلى الفقه المالكي لا تتحقق دائما، إما لاعتبارات اجتماعية كما هو الحال في مسألة إقرار الزوجين بالزوجية أو مسألة الشهادة المجملة، وإما لاعتبارات تتعلق بمدى انسجام الأقوال الفقهية مع فلسفة المدونة وتوجهها

الأعلى عدد 154، صدر بتاريخ 2007/3/14، ملف عدد 2005/1/2/582، العمل القضائي في قضايا الأسرة، مرجع سابق، ص 267—270.

²⁶⁹ — انظر على سبيل المثال: حكم المحكمة الابتدائية بالعرائش، عدد 06/458، صادر بتاريخ 2006/10/20، ملف عدد 05/06/192. أحكام الزواج والطلاق من خلال الاجتهاد القضائي، ص 49.

²⁷⁰ — الأستاذ محمد الشتوي في كتابه: الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، ص 102.

العام، كما هو الشأن بالنسبة لمسألة الشريعة والوضيعة، حيث يميز بينهما المالكية في عدة أحكام²⁷¹، ولا يعمل بالإحالة أيضا عندما يتعلق الأمر بقاعدة شكلية مسطرية منصوص عليها في قانون المسطرة المدنية، فتؤخذ من هذا الأخير، ولا يلتفت إلى القاعدة المسطرية²⁷² الفقهية.

²⁷¹ — ومن ذلك: تحويل الشريعة حق الامتناع عن السكن مع أقارب الزوج وإن لم يثبت إضرارهم بها، وأما الوضيعة فليس لها الامتناع إلا إذا تحقق الضرر، (شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل، 436/2 وحاشية الدسوقي، 513/2)، وإيجاب الرضاع على الدنيئة دون الشريعة، إلا إذا كان الرضيع لا يقبل غير ثديها. (بداية المجتهد ونهاية المقتصد، ص 480-481).

وهذا التمييز يتناقض مع ثقافة المساواة التي تبنتها المدونة، بل ومع المادة 400 نفسها والتي تحيل على "الفقه المالكى والاجتهاد الذي يراعى فيه تحقيق قيم الإسلام في العدل والمساواة والمعاشرة بالمعروف".

²⁷² — موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقه في مسائل الأحوال الشخصية، عبد المجيد غميحة، ص 410-411.

وقد قرر المجلس الأعلى أن قانون المسطرة المدنية هو الواجب تطبيقه في قضايا الأحوال الشخصية والعقار غير المحفظ (قرار عدد 114، بتاريخ 11-02-1970، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 112-113، 1970، ص 106). وقرر أيضا أن الإعذار المعمول به في المسطرة الفقهية، لا ينص عليه قانون المسطرة المدنية (قرار 47، صادر بتاريخ 16-03-1970، منشور بمجلة القضاء والقانون، عدد 117، 1972، ص 377).

خاتمة

هكذا يظهر جليا أن القضاء لا يستقر على مبدأ واضح، وأن التضارب سمة أساسية تطبع تعامله مع قضايا ثبوت الزوجية، ففي الوقت الذي يدعو فيه بعض الباحثين²⁷³ إلى إبداء نوع من التساهل، يدعو البعض الآخر²⁷⁴ إلى التعامل بحزم، بل وفرض غرامات على المتهاونين في توثيق زواجهم.

وإذا كان التساهل قد يبدو مقبولا²⁷⁵ عندما يتعلق الأمر بمناطق نائية تعاني الفقر والتهميش، واستحكام بعض العادات الموروثة، فإن الحزم هو الذي ينبغي أن يسود عندما يتعلق الأمر بأشخاص يريدون استغلال هذه المكنة القانونية لإضفاء الشرعية على علاقات لا شرعية لها، أو للتحايل والالتفاف على النصوص القانونية.

غير أنه لا بد من الإشارة إلى أن ظاهرة الزواج غير الموثق ظاهرة معقدة، ومتداخلة الأبعاد، وما الشق القانوني والقضائي إلا جانباً من جوانبها، وبناء عليه فإن التعاطي معها يقتضي نهج مقارنة شمولية ومنهجية، تنخرط فيها جميع القطاعات الحكومية، وفعاليات المجتمع المدني. ومن جملة ما ينبغي أن ينصب عليه العمل:

— التحسيس والتوعية بأهمية توثيق العلاقة الزوجية وبالحماية القانونية التي يضمنها عقد الزواج الموثق. ومسؤولية التوعية ملقاة على عاتق عدة أطراف منها:

²⁷³ — محمد الكشور، الوسيط في شرح مدونة الأسرة، الكتاب الأول، ص 401، 406، 411.

²⁷⁴ — أحمد الخليلشي، التعليق على قانون الأحوال الشخصية، الجزء 1، ص 198 والمهامش 51.

²⁷⁵ — من ناحية اجتماعية وإنسانية صرفة، أما من الناحية القانونية فالنص القانوني ما وضع إلا ليطبق، فمن غير المستساغ — مثلاً — أن يشترط المشرع حيولة سبب قاهر دون توثيق عقد الزواج لسماح دعوى الزوجية، ويتقاضى القاضي عن ذلك.

الإعلام، والسلطات المحلية، وجمعيات المجتمع المدني، وخطباء المساجد والوعاظ، والمؤسسات التعليمية...

— تسهيل الولوج إلى نظام الحالة المدنية، وتبسيط إجراءات ومسااطر الحصول على الوثائق اللازمة لإنشاء رسم الزواج.

— تقريب القضاء من المواطنين بإحداث محاكم قارة ودائمة²⁷⁶، خاصة وأن القضاء أصبح يلعب دورا محوريا في الإشراف على توثيق عقود الزواج²⁷⁷.

— تفعيل المادة 13 من القانون المتعلق بخطة العدالة²⁷⁸ والتي تنص على مجانية تلقي العدول لشهادة الزواج إذا ثبت عسر المتعاقدين. وإعفاء الراغبين في الزواج أو في رفع دعوى ثبوت الزوجية من سكان المناطق النائية من أداء الرسوم القضائية. فالأعباء المالية التي تشمل الرسم القضائي (150 درهما) وأجر العدول (500 درهم)، ومصاريف التنقل من مناطق معزولة إلى مقر المحكمة، مرتين أو أكثر بالإضافة إلى مصاريف المبيت والتغذية وغيرها، تقف — أحيانا — عائقا أمام كتابة عقد الزواج، وقد سبقت الإشارة إلى بعض القضايا التي يرجع أصحابها سبب عدم توثيقهم لزواجهم إلى الظروف المادية المزرية.

²⁷⁶ — وتجدر الإشارة هنا إلى تجربة المحاكم المتنقلة التي انطلقت في يناير 2011، وعقدت جلسات في الأسواق والدواوير النائية للنظر في دعاوى ثبوت الزوجية. وإذا كان من شأن هذه المبادرة أن تسهم في التوعية والتحسيس، وفي معالجة بعض الملفات، فإنها — وبالنظر لطابعها الموسمي — لا يمكنها أن تشكل بديلا عن إحداث بنية قضائية قارة وقرية من المواطن.

²⁷⁷ — انظر المادة 67 من مدونة الأسرة.

²⁷⁸ — الجريدة الرسمية عدد 5400، بتاريخ 2 مارس 2006.

لقد تم النظر إلى ظاهرة الزواج غير الموثق كظاهرة مؤقتة ستختفي مع مرور الوقت، لكنها في الواقع تتسم بكثير من التعقيد والممانعة، فقد وجد المشرع نفسه مضطرا إلى التدخل وتمديد فترة العمل بسماع دعوى الزوجية إلى غاية 3 فبراير 2014، التاريخ الذي يفصلنا عنه أقل من سنتين.

وإذا كانت بعض المناطق المغربية ما زالت — إلى اليوم — لا توثق زيجاتها، فهل يا ترى ستكون هذه المناطق في الموعد مع بداية فبراير 2014؟ أم أن المشرع سيجد نفسه مضطرا إلى التدخل من جديد لإقرار تمديد ثان ولربما ثالث؟

لائحة بأهم المصادر والمراجع المعتمدة

- أحكام الأسرة في الشريعة الإسلامية وفق مدونة الأحوال الشخصية، محمد ابن معجوز، مطبعة النجاح الجديدة، 1418هـ — 1998م.
- أحكام الزواج والطلاق من خلال الاجتهاد القضائي، أحمد زوكاغي، مكتبة دار السلام، الطبعة الأولى، 2009م.
- إعلام الموقعين عن رب العالمين، ابن القيم، باعتناء صدقي محمد جميل العطار، دار الفكر بيروت، 1420هـ — 1999م.
- الإجراءات الإدارية والقضائية لتوثيق الزواج، محمد الشتوي، المطبعة والوراقة الوطنية، مراكش، الطبعة الثانية، 2005.
- البهجة في شرح التحفة، التسولي، وبجاشيته حلي المعاصم لفكر ابن عاصم للتاودي، دار الرشاد الحديثة، الدار البيضاء، 1429هـ — 2008م.
- التعليق على قانون الأحوال الشخصية، أحمد الخمليشي، مطبعة المعارف الجديدة، الطبعة الثالثة.
- الشافي في شرح مدونة الأسرة، عبد الكريم شهبون، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الأولى، 1416هـ — 1995م.
- العرف والعمل في المذهب المالكي ومفهومهما لدى علماء المغرب، عمر بن عبد الكريم الجيدي، مطبعة فضالة، المحمدية، 1404هـ — 1984م.

— العمل القضائي في قضايا الأسرة مرتكزاته و مستجداته في مدونة الأحوال الشخصية ومدونة الأسرة، إبراهيم بحماني، مكتبة دار السلام، الرباط، الطبعة الثانية، 2009.

— القوانين الفقهية، ابن جزري، تحقيق عبد الله المنشاوي، دار الحديث، القاهرة، 2005.

— المنتقى من عمل القضاء في تطبيق مدونة الأسرة، جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة المعلومة للجميع، العدد 17، فبراير 2009.

— الوسيط في شرح مدونة الأسرة، محمد الكشور، مطبعة النجاح الجديدة، الطبعة الثانية، 1430هـ — 2009م.

— أهم قرارات المجلس الأعلى في تطبيق الكتاب الثالث من مدونة الأسرة، المجلس الأعلى، إدكل للطباعة والنشر، الرباط.

— تبصرة الحكام في أصول الأفضية ومناهج الأحكام، ابن فرحون، خرج أحاديثه وعلق عليه الشيخ جمال رعتلي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، 1416هـ — 1995م.

— حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير، دار إحياء الكتب العربية.

— دليل عملي لمدونة الأسرة، وزارة العدل، منشورات جمعية نشر المعلومة القانونية والقضائية، سلسلة الشروح والدلائل، العدد 1، 2004، مطبعة فضالة.

— شرح منح الجليل على مختصر خليل، محمد عlish، دار صادر.

- موقف المجلس الأعلى من ثنائية القانون والفقہ في مسائل الأحوال الشخصية، عبد المجيد غميحة، مطبعة إليت، سلا.
- نشرة قرارات المجلس الأعلى المتخصصة، المجلس الأعلى، غرفة الأحوال الشخصية والميراث، السلسلة 2، الجزء الرابع، مطبعة الأمنية، الرباط، 2010.
- وسائل الإثبات في الفقہ الإسلامي، محمد ابن معجوز، مطبعة النجاح الجديدة، 1416هـ — 1995م.